

NEOCONSTITUCIONALISMO E OS NOVOS DESAFIOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL

NEOCONSTITUCIONALISM AND THE NEW CHALLENGES
ON CONSTITUTIONAL THEORY

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO*

RESUMO

O neoconstitucionalismo surge no horizonte da teoria constitucional trazendo novos elementos de debate para problemas antigos e novos. Os rumos que essa visão irá tomar ou que contribuições concretas poderá trazer na dinâmica social, ainda não sabemos, mas é quase certo que uma nova visão sobre a teoria constitucional parece estar em curso.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Teoria constitucional. Novos elementos.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana Unida, São Paulo (1998); Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru (2007); Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (2003); Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (IMES), SP, Brasil; advogado; parecerista e autor de obras jurídicas.



ABSTRACT

The neoconstitucionalism rises on the constitutional theory horizon, brings new debate elements for old and new issues. The ways that this vision will take or which concrete contributions may offer in the social dynamic, we still don't know, but is almost sure that a new vision about constitutional theory it seems to be in its way out.

Key-words: Neoconstitucionalism. Constitutional theory. New elements.

1. INTRODUÇÃO

Localizando em termos de 10 ou 15 anos atrás até o tempo presente, vem se firmando, especialmente entre a doutrina européia, notadamente na Itália, um movimento interpretativo da constituição e do direito constitucional nominado de neoconstitucionalismo, cujos posicionamentos, visões e concepções vêm encontrando sensível ressonância no meio jurídico.

Segundo alguns, busca referido movimento combater o excesso de rigidez das constituições escritas vigentes no mundo ocidental, bem como sua profunda diretividade e hipertrofia normativa¹. Mas é entre os que indicam tais características que também se encontram os críticos iniciais dessa doutrina, denominação que adotamos aqui de modo provisório e até mesmo precário face à própria natureza de tal movimento, multifacetado e ainda jovem em termos históricos.

Tais críticas pontuam contrariamente ao neoconstitucionalismo alegando estar ele “*visceralmente comprometido com a ideologia neoliberal que varre o Mundo após a queda do Muro de Berlim. Chuva ácida, ao nosso ver, que mais cedo ou mais tarde passará, sem embargo do intenso brilho com que os neoconstitucionalistas expõem as suas conceituações sobre o poder constituinte e a constituição*”².

Na verdade, com bem indica Mauro Barberis, o neoconstitucionalismo trata de revisitar o próprio constitucionalismo e este, por sua vez, baseia-se em pelo menos três aspectos importantes: governo das leis; constituição como limitação do poder e; num sentido bem estrito, indica a doutrina do direito constitucional³.

1 BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, p. 7, nota 2;

2 BRITO, *op. cit.*, p. 8, nota 2;

3 BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, in “*Neoconstitucionalismo*”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid: Trotta, 2003, p. 259/260;

Mais à frente, porém, voltaremos à questão da natureza em si do neoconstitucionalismo e ali buscaremos analisar se, afinal, trata-se de um resgate ou uma revisitação do constitucionalismo, fazendo-o reviver em sua feição mais clássica ou ortodoxa, ou, então, se é algo de algum modo inovador, com novos valores ou pelo menos novos procedimentos em seu bojo.

Por ora, contudo, fiquemos neste aspecto introdutório do tema. O fato é que, inicialmente, devemos registrar que o termo neoconstitucionalismo não é unívoco, comportando algumas visões diferentes entre si. Como toda idéia que se pretende nova, também aqui surge a necessidade de se avaliar a amplitude e até mesmo a real existência desse caráter ou componente novo.

Vários autores e estudiosos buscam uma determinada classificação, uma divisão esquemática do tema, em parte para facilitar o entendimento de suas características e em parte porque realmente imaginam detectar possíveis significados diversos para uma mesma idéia.

2. TRAÇOS E VISÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

Referentemente à busca por uma divisão esquemática, por uma classificação e até pela obtenção de um patamar mais didático, mais claro sobre o tema em destaque, verificamos ser valiosa a lição de Paolo Comanducci que classifica o neoconstitucionalismo em três vertentes básicas, cujas características passaremos a expor⁴.

a) Neoconstitucionalismo teórico: por esta visão, o neoconstitucionalismo vem a ser uma forma atualizada da vivência e da aplicação do constitucionalismo como ou enquanto teoria do direito.

Por este processo, que poderíamos chamar de reconstituição dos ideais constitucionalistas originais, observa-se, como traços marcantes, a positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença, na Constituição, de princípios e regras e por uma constituição que, no geral, é também ocupadora dos espaços, é “*invasora*”, segundo palavras de Comanducci. E é o próprio autor italiano em apreço quem comenta, com um viés crítico inclusive:

Como teoria, o neoconstitucionalismo representa portanto uma alternativa com respeito à teoria juspositivista tradicional: as transformações sofridas pelo objeto de investigação fazem com que esta não reflita mais

4 COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um analisis metateorico*, pp. 75-98, in “*Neoconstitucionalismo(s)*”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003;

a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos. Em particular, o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características destacadas do juspositivismo teórico de matriz decimonônica, hoje não parecem sustentáveis⁵

No seio desta concepção, reside ainda uma contraposição conceitual entre aqueles que vêem no neoconstitucionalismo nada mais que uma continuação do juspositivismo, com ligeiras modificações. O próprio Comanducci indica que esta linha de interpretação do constitucionalismo nada mais é que “*o juspositivismo dos nossos dias*”.

Outros, ao revés, defendem que a mudança do objeto de investigação, ou seja, a própria constituição e sua aplicação concreta, requer uma igual mudança na metodologia o que, assim, indicaria diferenças qualitativas entre o juspositivismo e o neoconstitucionalismo.

b) Neoconstitucionalismo ideológico: esta linha interpretativa que, como sua denominação mesma indica, possui forte conteúdo conceitual, de ideiação, afasta a idéia – bastante importante no constitucionalismo clássico, dos séculos XVIII e XIX – de constituição como instrumento de limitação do poder estatal, para centrar sua visão na constituição como instrumento, máximo e por excelência, garantidor dos direitos fundamentais.

Segundo seus prosélitos, “*uma vez que nos ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos, se produz uma conexão necessária entre Direito e Moral, o neoconstitucionalismo ideológico se mostra tendente a entender que pode subsistir hoje uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis que são conformes à Constituição*”⁶

Interessante notar, tomando o texto acima como parâmetro, observar que este reavivamento, essa revalorização do relacionamento Direito e Moral evoca, como uma primeira lembrança mais óbvia, o próprio Direito Natural, fortemente marcado pelo viés de valorização da Moral como elemento constituinte e interpretativo do Direito. Em seguida, contudo, há que se recordar também da interpretação tópica, muito estudada no início do século XX, especialmente por Theodor Viehweg, cujo renascimento na atualidade é inegável e sobre o qual trataremos mais à frente, nesta mesma obra, em outro ponto.

5 *Idem, ibidem*, p. 83;

6 *Idem, ibidem*, p. 86;

c) Neoconstitucionalismo metodológico: como é sabido, o positivismo, enquanto método, adota algumas premissas importantes para sua aplicação e entendimento. A mais importante dessas premissas é a que defende como possível e até mesmo necessário criar-se uma distinção inicial entre o Direito cuja descrição é viável e identificável e o Direito como deveria ser. De fato, estamos aqui recordando a premissa do ser e dever-ser identificada por Kant e utilizada tempos depois pelos chamados neokantistas, especialmente Hans Kelsen.

O neoconstitucionalismo metodológico sustenta justamente o oposto dessa visão, defendendo uma ligação umbilical e necessária entre Direito e Moral, notadamente em relação “*a situações de direito constitucionalizado, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre Direito e Moral*”⁷

Neste sentido, há quem diga que não haver mesmo condições de se manter a divisão entre Direito e Moral típica do juspositivismo clássico, especialmente num ambiente de atividade política democrática, eis que o Direito produzido em tal ambiente “*se for despolitizado, estaria privado de legitimação e resultaria fundado sobre a mera autoridade, mas, se assim fosse, não poderia oferecer razões suficientes para justificar ações*”⁸.

Uma vez mais, porém, Comanducci pontua que esta visão traz riscos bastante conhecidos, já que é extremamente subjetivo e arriscado fixar-se em que norma moral poderia basear-se um dado julgamento e, ainda mais, se adotarmos como verdadeira a premissa segundo a qual “*é uma norma moral que deve justificar uma decisão judicial*”, então teremos a moral como simples forma de normativismo, equiparando a própria moral ao positivismo normativo.

Como dissemos acima, o caráter multifacetado do conceito ou da idéia ora em discussão é, de fato, uma nota distintiva no seu estudo. Assim como fez Comanducci em sua classificação tripartida, Luís Prieto Sanchís, professor de filosofia do Direito na Universidade de Castilha, Espanha, igualmente recorta o conceito ou a idéia do neoconstitucionalismo em três vertentes de manifestação⁹.

No entanto, o certo é que Sanchís repete a classificação de Comanducci ao igualmente dividir o neoconstitucionalismo numa acepção teórica e em outra ideológica. A terceira acepção de sua classificação é que indica uma visão distinta

7 *Idem, ibidem*, p. 87;

8 NINO, Carlos S. *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel, 1994, pp. 14-15;

9 SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in “*Neoconstitucionalismo(s)*”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003, pp. 123-158;

da que vimos acima, mencionando, assim, que neoconstitucionalismo é ou poder ser, também, um certo modelo de Estado Constitucional de Direito.

Na composição desse modelo há, ainda mais, a convergência de outras duas visões ou interpretações tradicionais no âmbito do constitucionalismo. A primeira dessas visões é que concebe a Constituição como o instrumento máximo de fixação das regras do jogo, trazendo ainda um rol de direitos básicos e mínimos assecuratórios de uma autonomia estritamente delimitada dos indivíduos, seja em sua esfera privada, seja em sua esfera pública, como agentes políticos. Sobre este ponto, ainda acrescenta Sanchís:

Em linhas gerais, esta é a tradição norte-americana originária, cuja contribuição básica se traduz na idéia de supremacia constitucional e em sua conseqüente garantia jurisdicional: dado o seu caráter de regra do jogo e, portanto, de norma logicamente superior a quem participa desse jogo, a Constituição se postula como juridicamente superior às demais normas e sua garantia se atribui ao mais neutro dos poderes, aquele que deve e que melhor pode manter-se à margem do debate político, vale dizer, o poder judicial¹⁰

Como a outra vertente que irá compor esta nova manifestação, Sanchís destaca o que chama de uma segunda tradição constitucional, aquela que defende um projeto político bem articulado, como um verdadeiro empreendimento de transformação social e política.

Como diz Sanchís, trata-se de “*um modelo que não se limita a fixar as regras do jogo, mas participar do mesmo, condicionando com maior ou menor detalhamento as futuras decisões coletivas a respeito do modelo econômico, da ação do Estado na esfera da educação, do saneamento, das relações de trabalho*”¹¹.

De todo modo, seja qual for a classificação que venhamos a adotar, ou mesmo criar a partir de certos parâmetros escolhidos com uma liberdade ao menos razoável, fica patente ao menos ser neoconstitucionalismo um conceito plurívoco, fazendo lembrar, neste específico particular, outro fenômeno contemporâneo, a Globalização, cujo encontro com o tema ora estudado se dará nesta obra em capítulo mais adiante¹².

10 SANCHÍS, op. cit., p. 128;

11 SANCHÍS, op. cit., p. 129;

12 MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da nova ordem mundial global sobre o direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 5-18. Ver também SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Novos processos sociais globais e violência*, in “*Revista Perspectiva*”, vol. 13, nº 3, São Paulo, jul-set 1999;

Prosseguindo, temos como clara a existência de uma questão de fundo a permear a análise da idéia de neoconstitucionalismo, uma indagação a um só tempo simples e relevante: neoconstitucionalismo é, em verdade, um modo contemporâneo de se viver os ideais constitucionalistas, o constitucionalismo em seu estado mais puro e ortodoxo ou, ao revés, é uma forma totalmente – ou pelo menos majoritariamente – nova e inovadora de vivência social, mas principalmente de reflexão sobre o papel da constituição perante a sociedade?

Muito embora já comentado neste trabalho, em pontos diferentes inclusive, convém rememorarmos de modo mais específico as linhas principais e características do Constitucionalismo em si, esse conjunto de idéias que cunhou uma forma de se conceber o Estado e, também, o próprio Direito.

3. CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

A origem do constitucionalismo poderia ser abordada em tempos antigos, mas, na verdade, como um movimento real, minimamente objetivado na direção de valores previamente determinados, só podemos considerá-lo a partir da Idade Média, notadamente na Inglaterra, com o advento de vários documentos de natureza pré-constitucional, tendo por marco inicial, como é inclusive de conhecimento vulgar, com a promulgação da *Magna Carta*, sucedida por vários outros documentos, como, apenas para exemplificar, a *Petition of Rights*, de 1628 e a *Bill of Rights*, de 1689.

Foi o constitucionalismo um movimento que se desenvolveu de modo paulatino e cuja abrangência foi sendo ampliada com o tempo. Esclareça-se que constitucionalismo e constituição não formam um par necessário e constante, uma vez que se poderia ter uma constituição sem necessariamente uma ideologia constitucionalista como que a lhe respaldar ou reforçar a existência.

Básica e historicamente, constitucionalismo vem a ser uma forma de concepção do próprio Poder Político, buscando a transferência deste das mãos do monarca absolutista para um texto de caráter constitucional, ou se se preferir, de caráter fundamental. Ao mesmo tempo, a população vai adquirindo, sob a égide desse movimento, voz ativa política, sendo seus integrantes alçados de modo regular e constante à condição de cidadãos.

De todo modo, o ponto central do constitucionalismo é de fato conceber a constituição – notadamente como um documento unificado, feito de uma só vez e

de forma escrita – como algo essencial à existência do Estado e mesmo da Nação politicamente organizada.

O cunho ideológico do constitucionalismo é, inclusive, apontado de modo claro por José Joaquim Gomes Canotilho, afirmando o mestre português sobre o tema que “*o constitucionalismo exprime também uma ideologia (...) A idéia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa)*”¹³

Em excelente obra na área dos estudos constitucionais, André Ramos Tavares alinhava os caracteres gerais do constitucionalismo de modo objetivo e contemplando o quanto dissemos¹⁴:

O instrumento idealizado para a realização das modernas concepções do constitucionalismo foi traduzido na consubstanciação escrita das normas constitucionais. Com a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder.

É fato notório, ainda mais, que as Revoluções Norte-Americana e Francesa, de 1776 e 1789, respectivamente, influenciaram-se de modo recíproco, ainda que a cronologia possa indicar que aquela teria influenciado esta última tão-somente.

Ocorre que, na verdade, os anos pré-revolução norte-americana foram marcados pela influência do pensamento francês, oriundo notadamente de Alexis de Tocqueville, estudioso de origem francesa que aportou em terras norte-americanas e sobre esta nação dedicou boa parte de seus estudos, e também decorrentes de Montesquieu, especialmente através de sua obra *O Espírito das Leis*.

Quando eclode o movimento revolucionário norte-americano, a influência das idéias francesas era então um fato e, mais à frente, quando é o movimento revolucionário francês quem vem à tona e irrompe com a energia e mesmo com a

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 27. Norberto Bobbio, pronunciando-se sobre o mesmo tema, afirma que, na ótica da doutrina liberal, “*o fim do Estado é a liberdade individual. O Estado, então, deve preocupar-se não tanto em estabelecer o que devem fazer seus cidadãos, mas garantir para cada um uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, seguindo as suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe*”, *op. cit.*, p. 133;

14 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10;

violência que a história bem registra, essa influência como que retorna aos franceses, mas ela própria já alterada por sua material aplicação concreta pelos norte-americanos.

Podemos, sem embargo do acima disposto, mencionar Santi Romano para citarmos qual foi, em linhas gerais, a contribuição efetiva que os movimentos revolucionários em foco trouxeram para a vivência política e para os valores que, a partir dali, se adotou como fundamentais ao Estado e mesmo à sociedade¹⁵:

- a) universalização dos direitos individuais;
- b) divisão dos poderes;
- c) princípio da soberania nacional;
- d) princípio da igualdade;

Muito embora saibamos que as idéias acima possam ter seu *surgimento* detectado em momento anterior ao das Revoluções destacadas – a própria idéia de Soberania é indicada de modo bastante pacífico por diversos estudiosos como materialmente perceptível com o fim da *Guerra dos Cem Anos* – devemos nos ater a aspectos como veiculação e uso reiterado, assim como sua adoção constante, e não meramente pontual, dentro do universo político-estatal.

Desse modo, e concluindo, os movimentos revolucionários acima comentados foram fundamentais para consolidar as idéias acima destacadas, rigorosamente essenciais a uma concepção contemporânea de Estado e mesmo de sociedade.

Devemos, porém, retornar à indagação inicial deste tema.

É fato que, atualmente, mostra-se tormentosa a defesa de uma modelo de Estado de Direito Constitucional com feição ortodoxa ou clássica. É preciso ter em mente que o Estado é, antes de qualquer qualificação posterior, tão-somente Estado, possuindo, assim, sua própria realidade enquanto instituição ou pelo menos enquanto conceito.

Esse Estado, e estamos falando aqui, parece claro, do Estado Moderno tratado no início deste estudo, experimenta sua própria crise. A crise do Estado, por seu turno, não caminha só, eis que o Direito – notadamente na contemporaneidade – também se apresenta vivenciando seu particular momento crítico, que não é inédito, mas é, talvez, o mais profundamente desafiador para seu desenvolvimento.

Não trataremos de forma minudente desta questão neste trabalho, em todo caso, e limitando-nos de modo deliberado à temática deste tópico, se afigura como uma constatação axiomática a noção de que se dois elementos componentes de

15 ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977;

uma mesma idéia, no caso Estado e Direito, passam por transformações pronunciadas ou, ainda melhor, por desafios que forcem estas mudanças, resta claro que um movimento como o Constitucionalismo, tão caro à formação do Estado de Direito, não poderia ficar como que incólume ou preservado desta força modificadora como aqui demonstrado.

Desse modo, mostra-se difícil, a nosso ver, aceitar como plausível a potencial tese exposta em nosso questionamento no sentido de que poderia ser o neoconstitucionalismo um simples ressurgimento, uma simples renovação dos ideais originais, históricos e peculiares deste movimento, aplicados com o mínimo de modificações à nossa realidade atual.

De outra banda, a simples colocação do prefixo “neo” a qualquer terminologia indica, por si só, a adoção da base ideológica do termo que se pretende uma renovação, justamente com a aposição desta compacta expressão significadora do que é novo. A idéia, neste sentido, portanto, é renovar, mas assim o fazer tendo por referência bases conhecidas e até certo ponto – como é o caso – consagradas.

A propósito da utilização do prefixo “neo”, e na esteira da multiplicidade de sentidos apresentada pela idéia em tela, é inclusive importante frisar que a associação entre neoconstitucionalismo e neoliberalismo, feita acima pelo Ministro Carlos Ayres Brito, surge apenas como mais uma visão acerca da idéia em análise, visão que, diga-se de passagem, parece se mostrar isolada dentro da doutrina sobre o tema.

Tudo leva a crer que, neste particular, está o neoconstitucionalismo muito mais adstrito ao campo do direito e do estudo da ciência jurídica de um modo geral, situação bem diferente do neoliberalismo, termo utilizado originalmente na seara política, mas dali articulado para outras tantas áreas e situações, com cabimento e pertinência muitas vezes altamente discutíveis.

Prossigamos.

Se, como dissemos, não faz sentido ver no neoconstitucionalismo mero renascimento do constitucionalismo clássico, do final do século XVIII até meados do século XIX, tampouco se afigura razoável ver em tal movimento ou pelo menos em tal teoria, algo absoluta e rigorosamente novo, o que de fato ele não parece ser.

Destarte, o mais provável, estritamente neste sentido particular aqui tratado, de neoconstitucionalismo como teoria e ideologia jurídico-política-social, seria concluirmos que, diante dos inúmeros desafios ditados pela nova conformação mundial atual em seus planos econômico, social e político, surge o neoconstitucionalismo como uma concepção teórico-ideológica cujos objetivos são, preservando-se os valores mais caros do constitucionalismo, estes adaptar a um

novo cenário social, sugerindo modificações e adaptações possibilitadoras de um melhor desempenho e da obtenção de uma maior eficácia do Estado, do Direito e da Constituição na dinâmica de suas particulares vivências perante a sociedade.

Podemos mencionar ao menos um exemplo dessa mudança.

No passado, especialmente por todo o século XIX, mas também no início do século XX e o advento das Constituições Mexicana, Russa e Alemã, as constituições cumpriam um único papel vital claro, qual seja o de garantir os direitos fundamentais. Como consequência desse caráter, havia ainda um desejado efeito secundário neste papel que era o de limitar o poder estatal, objetivo que, como se sabe, foi alentado no bojo do liberalismo desde seu início.

Estas “constituições garantidas”, ao revés do que alguns imaginam, cumpriam um papel extremamente importante não somente do ponto de vista histórico, de seus respectivos momentos históricos, mas como pontos evolutivos de inflexão e principalmente de consolidação deste ideal, ou seja, de que o poder político deve sempre ter limites, limites claros, limites formais e limites ditados por um instrumento que seja formal e substancialmente superior a qualquer outro, ao mesmo tempo que me protege o cidadão, outorgando a este uma esfera de proteção mínima em face do próprio Estado, como é o ocorrido com as constituições modernas.

Este modelo, contudo, sabidamente foi se mostrando insuficiente a atender às demandas de um mundo cada vez mais distante daquele em que este modelo foi concebido. Passou-se, assim, a conceituar a Constituição como um rol de normas elementares que regulasse a produção do Direito, normas estas dispostas ao lado daquelas garantidoras dos direitos fundamentais, especialmente as de cunho individual, e estas buscavam um alvo bastante claro: regular a distribuição e o exercício do poder pelos órgãos estatais.

Com uma margem bastante segura de certeza, Hans Kelsen foi o maior prosélito, idealizador e doutrinador representante dessa visão. Kelsen via na Constituição a norma máxima dentro do sistema jurídico-normativo que seria edificado por ela mesmo, um instrumento que, além disso, trazia consigo o estabelecimento de normas de competência e procedimento. Daí porque Kelsen concebia a Constituição, em uma de suas mais conhecidas definições, simplesmente como um conjunto de normas que rege a produção do Direito.

Para o pensador em foco, a Constituição não tinha dentre seu rol de papéis o de regular a ação política do Estado, algo formalmente possível, o que, ainda mais, poderia desaguar na influência popular sobre a produção das leis. Deveras, é fato notório que o ilustre doutrinador de Viena possuía uma assumida aversão

ao que hoje se costuma chamar de interdisciplinariedade. Assim e por esta visão, o Direito deveria ser concebido e desenvolvido de modo apartado em face de tais influências externas.

Mais ainda, a concepção de Kelsen no particular estudado, era de estrito acatamento e obediência ao legislador, ainda que tenha sido forte defensor da criação dos Tribunais Constitucionais e da atividade jurisdicional no controle de constitucionalidade, mas, sempre indicando que tal ato – controle jurisdicional de constitucionalidade – deveria ser sempre bastante circunscrito e limitado a fim de que o sentido da norma, tal como confeccionada pelo legislador, restasse integralmente preservado:

A Constituição, especialmente se cria um Tribunal Constitucional, deve abster-se de todo tipo de fraseologia, porque poderiam interpretar-se as disposições da Constituição que convidam o legislador a submeter-se à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc., como diretivas relativas ao conteúdo das leis. Esta interpretação seria evidentemente equivocada

Voltamos à colocação feita logo acima sobre a postura do pensador vienense em face da singularidade do Direito e da necessidade de mantê-lo infenso às influências de idéias e considerações de outros campos do conhecimento humano. E no campo da norma e sua potencial regulação pelos Tribunais Constitucionais, a busca dessa pureza permanece.

A idéia central de Kelsen a esse respeito é que, se fosse admitido o contrário do quanto dispõe acima o texto transcrito de modo parcial, teríamos a substituição da vontade parlamentar pela vontade judicial. E conclui:

O poder do Tribunal seria tal que haveria que considerá-lo insuportável¹⁶

Preservando-se o entendimento de Kelsen, visão revisitada pelo próprio Kelsen no que é considerada a segunda fase de sua obra, o fato é que as Constituições foram se tornando cada vez mais normativas, foram regulando cada vez mais temas, mas, ao mesmo tempo, perdendo aquele caráter garantidor inicialmente delineado e, também, aceitando uma maior e crescente influência de outros campos de manifestação humana.

16 Ambos os trechos foram retirados de KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, in “*Escritos sobre la democracia y el socialismo*”, Madrid: Debate, 1988, pp. 142-144;

4. NORMATIVISMO CONSTITUCIONAL: UMA TENDÊNCIA?

Sem embargo do comentado no tópico logo acima, é um fato, é um elemento retirado de uma paisagem político-jurídica concreta, que as constituições, de um modo geral, foram se distanciando do garantismo marcante no início do surgimento das constituições, para se tornarem cada vez mais normativas, algumas até com um grau de minudência pronunciado, como, aliás, é o caso da constituição brasileira vigente.

Certamente ainda colabora para tal situação, a atuação dos Tribunais Constitucionais que, de modo até mesmo inexorável, efetivamente normatizam muitas temáticas inseridas na Constituição, gerando situações em que até mesmo previsões expressas do texto maior, após interpretação objetiva por parte da Corte Constitucional, tornaram-se previsões sem qualquer eficácia¹⁷.

O caráter normativista experimentado pelas constituições, contudo, não pode ser visto como homenagem ao normativismo jurídico. Não é bem o caso. Como não é o caso de se fazer refulgir no presente uma visão de pureza do direito – bastante ligada ao normativismo –, de raiz kelseniana como se sabe, imaginado possa ser o universo jurídico um domínio neutro dentro do espectro científico,

17 No caso do Brasil, o exemplo mais emblemático do quanto pretendemos comunicar com essa passagem certamente é o do mandado de injunção. Trata-se de ação constitucional, chamado de *writ*, recebido com largos elogios pela doutrina quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Dizia-se da modernidade do instituto, cabível, como se sabe, quando existente lacuna no sistema jurídico-legal, de modo que o detentor ou titular de um certo direito, não obstante reconhecidamente assim fosse visto, muitas vezes não conseguia fruir tal direito e isso em decorrência de uma lacuna legislativa. Adotando-se a classificação de José Afonso da Silva, tal situação era – e ainda é – bastante comum no caso das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, dispositivos contidos na constituição que previam direitos, muitas vezes direitos de natureza fundamental, carentes de regulação infraconstitucional. Enquanto não ocorresse a regulação, a mediação, a especificação, a integração daquele direito por uma norma inferior, aquele mesmo dispositivo constitucional se apresentava como ineficaz ao seu titular ou titulares. O mandado de injunção, assim, se afigurava medida interessante para este tipo de situação, na medida em que, tendo por escopo maior justamente o de suprir uma lacuna legislativa, regulando aquela específica situação para o impetrante, afastava a mora legislativa a que deu causa o Parlamento e tornava eficaz e fruível o direito previsto na Constituição. Mas, na prática, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal cuidou de restringir de tal modo o alcance do mandado de injunção, que seu efeito mais notável e notado era o de simplesmente notificar o poder legislativo comunicando-o de sua mora em relação àquela dada matéria, tornando seus iniciais propósitos, paradoxalmente, em meros compromissos formais, sem qualquer expressão de eficácia concreta. Junto ao STF, o voto seguinte, proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, bem indica esta visão que ora expomos: “o mandado de injunção, desse modo, nem autoriza o Tribunal e suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse” (MI 168, 21.03.1990);

dotado, supostamente, de itens peculiares que o afastariam por completo da influência de outros campos do estudo humano.

Essa contestação à pureza do direito não é algo trazido de modo exclusivo ou típico pelo neoconstitucionalismo, no entanto, como veremos logo adiante, é nota marcante também dessa nova manifestação dentro do estudo ou da manifestação do constitucionalismo.

Existe forte resistência na doutrina mais atual, portanto, a endossar a neutralidade pregada por tanto tempo pelos prosélitos do que poderíamos nominar de um direito ilhado ou isolado das ingerências sociais, um direito acrítico, tecnicista e neutro. Na verdade, mostra-se cada vez mais difícil encontrar doutrinadores, atualmente, defensores do normativismo clássico assim como da pureza do Direito.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso expressamente nos ensina ser “*falsa a crença de que o direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro*” e, indo além, cita Luís Alberto Warat para explicar que:

O normativismo jurídico, com sua ilusória sistematização, abstração e generalização, situa a lei como expressão política que garante e organiza um jogo igualitário entre os homens, isolando-os do sistema de decisões e interesses. Os juristas conseguem elaborar um discurso de ocultamento das funções e do funcionamento do direito na sociedade

E arremata:

A produção de um saber jurídico crítico procura rever o conceito tradicional da ciência do direito, demonstrando como a partir de um discurso organizado em nome da verdade e da objetividade desvirtuam-se os conflitos sócio-políticos, que se apresentam como relações individuais harmonizáveis pelo Direito¹⁸

A pureza do Direito, outro dos pilares do pensamento kelseniano, já de há muito enfrenta fortes resistências no meio doutrinário, e também jurisprudencial, eis que prevalece, em oposição a essa visão tradicional de pureza, talvez há mais de 4 décadas, uma visão ou concepção do direito como algo interdisciplinar, traçando pontes lógicas de interpretação e aplicação com a linguística, a história, a sociologia, a economia, a política, dentre outras tantas áreas.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 247;

Bem por isso é que Joseph William Singer, professor norte-americano, defende a visão interdisciplinar acima mencionada, acreditando que “o Direito não é apolítico e objetivo: advogados, juízes e juristas, em geral, fazem opções altamente discutíveis, mas se utilizam do discurso jurídico para fazer com que as instituições pareçam naturais e as regras neutras”¹⁹.

Barroso, já citado acima, inclusive, não somente ratifica o acima declarado por Singer, mas vai além e critica igualmente o decantado objetivismo do direito normativista, uma vez que, na visão do mestre fluminense, “além de não ser neutro, o Direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do Direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais”

No entanto, devemos registrar que a neutralidade, mesmo nos nossos dias, ainda tem espaço, especialmente na interpretação de alguns julgadores, mesmo em Cortes superiores. Na verdade, adotando-se uma visão reducionista do papel do direito e da constituição na vida social, não se mostra difícil aceitar os argumentos ditados pelos que advogam pela neutralidade.

Neste sentido, na década de 1950, tornou-se famoso o julgamento ocorrido na Suprema Corte norte-americana sobre a questão racial e o segregacionismo, tendo-se decidido, naquele momento, pela integração racial. Invocando o papel tido por essencial da neutralidade na formação da convicção do juiz ao abordar uma matéria posta sob seu crivo, Herber Wechsler, professor da Universidade de Columbia, fez contundente defesa de tal postura:

O que caracteriza as decisões judiciais, em contraste com os atos dos outros poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal. Discordo, assim, com veemência, daqueles que, aberta ou encobertamente, sujeitam a interpretação da Constituição e das leis a um ‘teste de virtude’, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças

O professor em destaque ainda conclui dizendo:

Quem julga com os olhos no resultado imediato, e em função das próprias simpatias ou preconceitos, regride ao governo dos homens, e não das leis.

19 SINGER, Joseph William. *The player and the cards: nihilism and legal theory*, Yale: Yale Law Journal, 1984, p. 5;

Se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá que admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente. Nenhum problema é mais profundo em nosso constitucionalismo do que este tipo de avaliação e de julgamento *ad hoc*²⁰

Sem embargo das idéias acima expendidas pelo professor Wechsler, algumas com uma base lógica bastante razoável, o fato é que a idéia em si da neutralidade aplicada ao direito jamais foi unânime e, contemporaneamente, mostra-se de aplicação cada vez mais tormentosa frente à desafios grandiosos como, por exemplo, aborto de feto anencefálico, biodireito, eutanásia, clonagem, tema ambientais, *internet* e outras questões absolutamente insolúveis por intermédio de uma neutralidade interpretativa que, para questões assim, apresenta-se inócua ou perniciosamente omissa.

Neste torvelinho ou nesta encruzilhada de concepções, de desafios e de idéias é que se insere a idéia, ela também assumidamente inovadora, do neoconstitucionalismo, movimento cujo mote básico talvez possa ser traduzido no termo conjugação ou confluência, já que pretende avançar tomando idéias conhecidas e aplicadas há tempos, com outras que ou são novas, ou, se não o são, pretendem se fazer unir de modo novo.

Por isso podemos dizer que, hoje, se busca uma conjugação entre dois aspectos, defendendo-se uma constituição que seja normativa, que regule os temas básicos e fundamentais da vida social, mas que não perca seu caráter garantidor. Neste sentido é interessante destacarmos uma interessante afirmação de Sanchís²¹:

Constituições garantidas sem conteúdo normativo e constituições com um mais ou menos denso conteúdo normativo, mas não garantidas. Em certo modo, este é o dilema que vem resolver o neoconstitucionalismo, apostando por uma conjugação de ambos os modelos: constituições normativas garantidas

Diz-se, assim, que as constituições caminham para serem mais e mais normativistas, crescentemente tuteladoras de um leque temático amplo, porém, é preciso parcimônia para se adotar este aspecto como algo transformador por si só. Não podemos esquecer que uma constituição normativista, mesmo sendo

20 *Apud* BARROSO, *op. cit.*, p. 253;

21 *op. cit.*, p. 128;

constituição, é ainda norma e norma positivada, arriscando-se com isso a suportar as vicissitudes de um potencial legalismo ou positivismo ortodoxo, atualmente submetido a críticas contundentes, como inclusive pudemos observar logo acima e também na primeira parte deste trabalho.

Sobre essas vicissitudes, Ferrajoli – aliás um defensor de uma constituição mais normativista e mais “*invasora*”, como ele mesmo assim afirma – faz singela, mas interessante observação no sentido de que “*expressões como ‘princípio da legalidade’ e ‘reserva de lei’ têm cada vez menos sentido*” algo que, ao autor italiano em foco viria, ainda mais, como consequência do fim do Estado Nacional como produtor exclusivo do direito, vivendo a Europa, já atualmente, uma realidade de produção jurídica extra-estatal bastante pronunciada:

Está situado fora dos limites dos Estados nacionais grande parte dos centros de decisão e das fontes normativas, tradicionalmente reservados à sua soberania

Ferrajoli prossegue em sua análise, concluindo:

Assim, se corre o risco de que se produza, na confusão das fontes e na incerteza das competências, uma dupla forma de dissolução da modernidade jurídica: o desenvolvimento de um incerto direito comunitário jurisprudencial, por obra de tribunais concorrentes e confluentes entre si, e a regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do direito pré-moderno²²

Surge assim o questionamento sobre a real eficácia desse tipo de visão, ou seja, a que defende uma maior intromissão da constituição na regulação da vida social, já que estando a própria idéia clássica de normatização em questionamento, estando esta concepção do direito submetido ao enfrentamento do que Ferrajoli acima nominou, ilustrativamente, de um *incerto direito comunitário jurisprudencial*, é preciso cautela na defesa de um instrumento, a Constituição, ainda de produção mas especialmente de controle exclusivamente estatal.

Deveras, ainda que uma constituinte possa ser popular, será conduzida, em regra, pelo poder legislativo através de seus representantes e estes, mesmo sendo de escolha democrática, terão seus trabalhos e suas decisões submetidas a regimentos próprios, sobre os quais não possui a população qualquer ingerência.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonnel, Madrid: Trotta, 2003, p. 21;

Como, portanto, criar-se uma constituição mais normativista, com uma presença mais concreta na vida social, sem que isso signifique um retrocesso ou, ao menos, uma conexão formal com uma concepção já desgastada de direito, tornando-a ou podendo torná-la, além disso, arriscadamente neutra ?

A resposta é simples, mas, ao menos em parte, bastante satisfatória: a aplicação da constituição de forma mais ampla, mais corrente, regulando, como se disse, a vida social de um modo geral, se dará com a aplicação não simplesmente de seus comandos, mas sim com a aplicação concreta dos princípios contidos na própria constituição.

Com tal postura, se obteria uma atividade jurisdicional constantemente e permanentemente constitucional, fosse qual fosse a área ou a temática em discussão, eis que as decisões teriam que, forçosamente, partir do texto constitucional em face dos princípios fundamentais ali dispostos, para então integrar as demais normas infraconstitucionais e, por fim, subsumir todo esse arcabouço ao caso concreto.

E é nesse ponto que o neoconstitucionalismo indica um retorno interessante ao próprio Direito Natural. Explica-se. Como é de vulgar conhecimento, o direito passou por uma longa evolução cujo início real nem ousaremos aqui em retroagir, dada sua extensão e polêmica. Nos satisfaz fazer pelo menos menção à transposição havida da Idade Média para a Idade Moderna e isso no que toca à mesma modificação operada no direito, caminhando de um jusnaturalismo para um juspositivismo.

Já discorreremos com profundidade ao menos razoável na primeira parte deste estudo sobre tal transposição, razão pela qual não faz sentido repetir tudo novamente. Impende apenas registrar que o positivismo despiu o antigo direito natural de toda a sua, talvez meramente suposta, pretensão universalizante, de sua grandeza valorativa, de sua alta subjetividade e, especialmente, de seu fundamento evidente na moral, para construir algo diverso, neutro e generalizante, inespecífico, até mesmo avalorativo.

O neoconstitucionalismo, se não pretende um resgate completo e total do direito natural objetivamente considerado, certamente admite, e estimula, pelo menos uma reavaliação da moral como instituição totalmente à parte do direito, algo defendido por largo tempo, especialmente dentro de uma concepção positivista clássica.

Um dos mais renomados autores contemporâneos, na verdade um jusfilósofo, Ronald Dworkin, expressamente consigna que os juízes americanos interpretam realmente a constituição, e deveriam de qualquer modo interpretá-la, “*como*

um conjunto de princípios morais”, o que bem ratifica o quanto pretendemos aqui comentar. Evidentemente tal postura enfrenta objeções, desde as antigas, formuladas especialmente por Kelsen²³, até as atuais, elaboradas por outros autores²⁴.

De todo modo, há uma clara tendência na visão contemporânea do direito cuja direção é a de revalorização da moral como um instituto vital a conceder não apenas validade, mas especialmente legitimidade aos comandos e decisões jurídicas:

A questão de se a ação de um tribunal está justificada requer uma resposta em termos não jurídicos (...) Justificar regras jurídicas em termos puramente jurídicos equivale sempre a incorrer num círculo vicioso²⁵

Barberis, neste particular ora destacado, dentre várias razões para se aderir ao que ele denomina como “imperialismo da moral”, menciona um fundamento político e este “*consiste na razoável idéia de que a garantia última contra eventuais aberrações do direito positivo pode consistir unicamente numa justificação última de caráter moral*”²⁶. O mesmo autor ainda arremata, em tom conciliador²⁷:

Deixando de lado a metáfora, não se ganha nada – nem sobre o plano cognitivo, nem sobre o plano normativo – ao desconhecer o politeísmo de valores, moralizando o direito ou juridificando a moral. Ao contrário, admitir a recíproca autonomia e o possível conflito entre valores jurídicos e morais permite não somente perseguir o objetivo de uma relação equilibrada entre os diversos âmbitos da prática, como também evitar o perigo da tirania dos valores

Na verdade, o que se deve ter em mente nem mesmo é o que se poderia imaginar como sendo uma “moralização do direito”, mas o resgate de um certo alargamento na interpretação das normas, especialmente as de natureza ou *status* constitucional, a fim de que os princípios que lhes informam possam receber concreta aplicação nos casos por elas tutelados, ou, como pontua respeitado autor,

23 Conforme se depreende de BARBERIS, *op. cit.*, p. 271, Kelsen distinguia valor jurídico e valor moral, sustentando que ao Direito se poderia atribuir uma validade (obrigatoriedade) de nenhum modo moral, senão estritamente jurídica;

24 Da chamada Escola de Buenos Aires, podemos citar recente doutrina de NAVARRO, P. e REDONDO, C. *Normas y actitudes normativas*, Cidade do México: Fontamara, 1994, que, à p. 77 afirmam: “*não pode sustentar-se que a razão justificatória do juiz deva, por razões lógicas, utilizar uma premissa moral*”;

25 COHEN, F. S. *Transcendental nonsense and the functional approach*, Columbia Law Review, 1935, p. 810, *apud* BARBERIS, *op. cit.*, p. 274;

26 BARBERIS, *op. cit.*, p. 275;

27 BARBERIS, *op. cit.*, p. 278;

“o que se pede ao positivista seguramente é um maior compromisso com a filosofia moral e com a teoria da argumentação jurídica”²⁸.

Caminhando para o final dessa nossa digressão, se pode afirmar que boa parte da doutrina integrante do movimento conhecido por neoconstitucionalismo busca, concretamente, uma sincera e real valorização da constituição como instrumento modelador das relações sociais²⁹, como uma instância irradiadora de valores, de princípios norteadores, de linhas de atuação, de bases interpretativas e conceituais que, diferentemente do passado, não mais repousem numa visão distorcida do termo “normas programáticas”, na verdade regras carentes de um programa ou à espera de um programa muitas vezes falho ou inexistente.

Podemos, enfim, resumir o quanto quisemos comentar e discutir neste tópico, fazendo nossas as palavras de Sanchís, com as quais encerramos esse ponto:

Seguramente, a exigência de renovação é mais profunda, de maneira que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do direito, cujas características mais salientes caberia resumir nos seguintes cinco epígrafes, expressivos de outras tantas orientações ou linhas de evolução:

Mais princípios que regras;

Mais ponderação que subsunção;

Onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentaria;

Onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;

E, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológico em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1993.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, in “Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid: Trotta, 2003.

28 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonnel, Madrid: Trotta, 2003, p. 184;

29 GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonnel, Madrid: Trotta, 2003, p. 55;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1998.

CAMPO, J. Jimenez. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um analisis metateorico*, in “Neoconstitucionalismo(s)”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Pasado y futuro del estado de derecho*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalizacion del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in “Neoconstitucionalismo”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, in “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Madrid: Debate, 1988.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da nova ordem mundial global sobre o direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NAVARRO, P. e REDONDO, C. *Normas y actitudes normativas*, Cidade do México: Fontamara, 1994.

NINO, Carlos S. *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel, 1994.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas*, Madrid: CEC, 1992.

_____. *Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional*, in “Ley, principios, derechos”, Madrid: Dykinson, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in “Neoconstitucionalismo(s)”, org. Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Novos processos sociais globais e violência*, in “Revista Perspectiva”, vol. 13, nº 3, São Paulo, jul-set 1999.

SINGER, Joseph William. *The player and the cards: nihilism and legal theory*, Yale: Yale Law Journal, 1984.

_____, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002.